Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Girardi, señora Muñoz y señores Araya, De Urresti y Horvath, que deroga el inciso final del numeral 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental y asegura a todas las personas el derecho al agua y a su acceso en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades individuales y colectivas.

CONSIDERANDOS

1. SITUACIÓN AMBIENTAL DEL AGUA EN CHILE

El agua forma parte de todos los ecosistemas vivos. Está presente en los bosques, en los valles, en la cordillera, incluso en el desierto y en general en todos los lugares de asentamiento humano, constituyéndose en uno de los elementos vitales para el ser humano. El agua es un componente natural único y escaso que mal o indiscriminadamente usado puede generar su pérdida y contaminación, y consiguientemente, un deterioro de los demás componentes de la naturaleza, desequilibrio ecológico y pérdida irremediable de los ecosistemas.

Los procesos revolucionarios en lo industrial que ha vivido la historia de la humanidad fundamentalmente en los dos últimos siglos han generado un fuerte impacto en el recurso hídrico. Las ciudades y la población históricamente asentadas en las riberas de ríos han crecido explosivamente en las últimas 2 centurias, fenómeno que junto a otros asociados, han provocado ciertamente el deterioro de las masas de agua y su medio ambiente.

Chile no ha escapado a este fenómeno mundial; de hecho entre sus problemas ambientales uno de los primeros en manifestarse es precisamente el de la contaminación hídrica ya a comienzos del siglo XX, a raíz de la actividad minera del cobre desarrollada en la actual mina El Teniente y que generó, en esa época, una brutal contaminación en el río Cachapoal que dio origen en 1916 a la ley 3.133 sobre control de Residuos Industriales líquidos (RILES) una de las primeras leyes ambientales de Chile.

La autoridad ambiental chilena ha reconocido históricamente “que el problema más agudo a nivel nacional es la contaminación de los recursos hídricos”. Si bien ha habido avances en el control de la contaminación sobre cuerpos de aguas superficiales a través de la regulación de descargas y emisiones sobre ellas, “el deterioro de las aguas ha seguido acentuándose” en el período 2002-2012.

En Chile, las cuencas con mayor grado de contaminación son la del Elqui, Aconcagua, Maipo, Mapocho, Rapel, Maule y Biobío fruto de la intensiva actividad industrial agrícola y forestal, existiendo un mayor grado de contaminación a nivel de los cursos de aguas dulces superficiales antes que las aguas subterráneas o las aguas dulces de lagos. Respecto a estos últimos situados preferentemente en el sur del país, la situación es aún positiva desde el punto de vista de la contaminación, situación que de no adoptarse medidas preventivas y regulatorias terminará con dichos cuerpos lacustres en idéntica situación que los ríos.

El mar territorial chileno recepciona las aguas contaminadas de 27 hoyas hidrográficas del país siendo las más contaminantes la del Biobío y la del Río Maipo, generando severos cuadros de contaminación marina en las correspondientes bahías.

Las aguas subterráneas constituyen también una importante y valiosa fuente de recursos hídricos utilizada de manera intensiva y muchas veces abusiva por el sector industrial. En el norte del país las aguas subterráneas son de vital importancia, estratégica y cultural, dada la escasez del recurso situación que ha llevado a restringir por ley su extracción comercial en la I y II regiones. No obstante ello, existen proyectos mineros de gran envergadura que explotan intensivamente acuíferos y aguas subterráneas de manera insustentable ambientalmente.

2. PROPIEDAD DE LAS AGUAS EN CHILE

En Chile, incluso después de la Independencia Nacional, se aplicó la legislación española sobre dominio público de las aguas, la que se mantuvo vigente hasta la dictación del **Código Civil** en 1855.

El primer **Código de Aguas** chileno, aprobado por la Ley N° 8.944, data de 1948, pero sólo comenzó a regir el 1° de abril de 1951, mediante la Ley N° 9.909 que fijó y aprobó su texto definitivo, siguiendo los criterios del dominio español.

En Chile “Las aguas son bienes nacionales de uso público". (Artículo 595 del **Código Civil** y art. 5 del **Código de Aguas**). Sin embargo, morigerando ese carácter la ley otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento sobre ellas asimilable al derecho de propiedad.

Este derecho de aprovechamiento es un derecho real, como el dominio, que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe la ley (Código de Aguas).

El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio o propiedad de su titular, quien puede usar, gozar y disponer de él a su arbitrio en conformidad a la ley (art.6 Código de Aguas), en los mismo términos que la propiedad tradicional.

Es decir, existe en Chile un reconocimiento meramente eufemístico de la condición pública del agua, cuando en la práctica es completamente privada, condición jurídica creada por el Código de Aguas vigente de 1981 que no tiene parangón en el derecho comparado.

Así, se le otorgó el carácter de “derecho real” y los atributos propios del dominio, a este derecho.

En segundo lugar, se creó la distinción entre derechos de aprovechamiento consuntivos y no consuntivos, los primeros pensados fundamentalmente para la explotación agrícola y los segundos pensados y creados casi exclusivamente para generación hidroeléctrica.

En tercer lugar, el Código separó los derechos de aprovechamiento de las aguas del dominio de los predios superficiales donde ellas se desplazan o escurren, eliminando la antigua categoría de cosas accesorias a un inmueble o de inmuebles por destinación. Esto genera importantes consecuencias, ya que no es necesario que los

derechos de aguas se utilicen para el uso y beneficio de un predio determinado, adquiriendo el carácter de un bien comerciable autónomo e independiente. Ello con la finalidad de crear un verdadero “mercado de aguas” que más bien ha alentado la especulación y el acaparamiento conllevando a una alta concentración económica en unas pocas manos.

En cuarto lugar, se eliminó el listado de prioridades de uso del agua para asignar los derechos. Antiguamente, se privilegiaba el otorgamiento de derechos de aguas para agua potable por sobre sus usos agrícolas o industriales. Hoy en día da lo mismo el uso que se le dará.

En quinto lugar, el otorgamiento de los derechos de aguas era hasta hace algunos años *gratuito*, y no estaba sujeto a ningún pago de tasa, derecho, impuesto o patente, por parte del peticionario o titular, lo que ha dado origen a una verdadera especulación comercial entre las grandes empresas y particulares que desarrollan sus negocios en base al agua como insumo, constituyendo derechos de agua con la sola finalidad de acapararlos y luego transarlos cuando las condiciones de mercado sean más favorables, particularmente en situaciones de sequía o escasez, vulnerando con ello la función social de la propiedad. Incluso se da el caso que las grandes empresas hidroeléctricas del país son propietarias de la casi totalidad de los derechos no consuntivos de determinadas regiones o cuencas, cautivando el destino de aquellas zonas y marginando a otros actores relevantes para el ejercicio de sus propias actividades en base al preciado bien común.

Esta situación sólo se matizó relativamente con el establecimiento de un canon o patente por el no uso del agua, mediante la Ley 20.017 pero que no ha alterado en nada la situación de concentración y monopolio existente. Es más, mediante esta reforma lo que se hizo fue alentar los negocios asociados al uso del agua mediante este gravamen por su no uso.

La modificación de 2005 fue pobre en su aporte ambiental incorporando tan sólo el concepto de “caudal ecológico mínimo” como requisito para otorgar derechos de aguas (art. 129 bis 1), que sigue los patrones economicistas de antaño.

La nueva Ley 20.017 estableció semánticamente que la Dirección General de Aguas debe velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, debiendo para ello establecer un caudal ecológico mínimo, aunque sin otorgarle por ley atribuciones reales, concretas y precisas para una adecuada y sustentable gestión de los recursos hídricos y sin alterar su condición de agencia productivista al alero del Ministerio de Obras Públicas lo que no la dota de un verdadero carácter de autoridad hídrica de cuencas como acontece en las legislaciones modernas.

3. CREACION DE UN REGIMEN CONSTITUCIONAL SOBRE LAS AGUAS.

No se condice con la realidad de nuestros tiempos que el constituyente tan sólo en una exigua e impropia disposición (inciso final del art. 19 N° 24) se refiera, a propósito del derecho de propiedad, al estratégico y vital recurso agua y tan sólo para reafirmar la propiedad que sobre ellas se les consagra a los particulares.

Esto se contrapone absolutamente con la profusa regulación que bajo el mismo numeral tienen los recursos mineros y es disonante además con la tendencia de la mayor parte de las constituciones modernas e incluso prácticamente todas las

latinoamericanas que reconocen el dominio público sobre las aguas en su carta fundamental. Es así como por ejemplo, Brasil, Bolivia, Ecuador, entre otros, reconocen y regulan en sus Constituciones el dominio y derechos que tiene el Estado sobre las aguas y es así como todos los estados sudamericanos reconocen sin excepción el dominio público sobre las aguas. En la misma tendencia se encuentra el derecho europeo continental donde destaca por ejemplo, Francia y España con una clara opción por el carácter público o estatal de las aguas.

La reforma constitucional debe cambiar asimismo el paradigma existente en materia de derechos fundamentales estableciendo el derecho constitucional al agua como lo han establecido recientemente los foros internacionales de Naciones Unidas y la OEA:

La Resolución 64/292 titulada “El derecho humano al agua y el saneamiento” de 28 de julio de 2010, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos;

La Resolución AG/RES. 2760 (XLII-O/12) titulada “El derecho humano al agua potable y al saneamiento”, de la Asamblea General de la OEA aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2012 que invita a los Estados Miembros a que, de conformidad con sus realidades nacionales, sigan trabajando para asegurar el acceso al agua potable y a servicios de saneamiento para las generaciones presentes y futuras.

Sobre la base de esta tendencia y esta realidad es que nos parece una necesidad legislativa fundamental y un deber ético y político legislar a nivel constitucional sobre un nuevo régimen constitucional del agua que reponga nuestra tradición jurídica y se adecue a las tendencias regulatorias modernas

Es así como se propone en primer término, consagrar constitucionalmente el derecho humano al agua.

Luego terminar con el sistema privatista y mercantilista del agua que impera en la Constitución y en la Ley mediante una reforma constitucional que restablezca la propiedad del Estado sobre las aguas de la Nación que sea el marco de las reformas y adecuaciones legales.

En tercer lugar, nos parece fundamental consagrar el deber prioritario de conservar, proteger y usar de modo sostenible las aguas en manos de quien estén, condición y presupuesto fundamental para ejercer derechos de uso o goce sobre ellas.

Finalmente, como existe de modo general en el derecho comparado, mandatar a la ley para que establezca un orden de prelación del uso y destino de las aguas (Costa Rica en la materia es un muy buen ejemplo), así como todo lo concerniente a los derechos sobre ellas, regulado en el Código de Aguas.

COROLARIO.

Resulta de una inconsistencia e inconsecuencia superior que un Estado como el chileno mantenga y legitime un modelo de propiedad privada sobre las aguas aún más liberal que el más liberal de los sistemas del mundo, incluido el de EE.UU. (véase

informe OCDE sobre desempeño ambiental de Chile), negando toda la tradición jurídica que alguna vez se mantuvo en nuestras primeras legislaciones.

La principal y más eficiente forma a nuestro juicio de cambiar esto de una vez por todas, es despejando a su vez toda controversia de constitucionalidad, mediante una reforma constitucional que de verdad le dé a las aguas la jerarquía y valoración político-filosófica que se merece.

Se deberá seguir luego con una completa reforma a la legislación mercantilista de aguas que ejecute los principios constitucionales que se aprueben y que de origen a un nuevo Código de Aguas, que se acompañe con un cambio al modelo institucional de administración de los recursos hídricos.

Por estas consideraciones en que proponemos el siguiente,

PROYECTO DE LEY

1) Derógase el inciso final del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política.

2) Agrégase a continuación del numeral 8 del artículo 19 de la Constitución Política el siguiente numeral 9 correlacionando los restantes numerales:

“El derecho al agua y su acceso en cantidad y calidad suficiente para satisfacer las necesidades básicas individuales y colectivas.

El Estado deberá proveer de los servicios básicos necesarios para garantizar este derecho y el acceso al agua potable y el saneamiento.

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las aguas, incluidos los glaciares, sin perjuicio de las excepciones legales y de reconocer o conceder su uso y aprovechamiento a particulares de acuerdo a la ley.

La ley asegurará el manejo integrado de cuencas y de los acuíferos para armonizar su uso y acceso en forma participativa; y establecerá los requisitos mínimos para garantizar este derecho, las prioridades de uso de las aguas, favoreciendo el consumo humano, así como las condiciones para adquirir, ejercer, restringir y caducar los derechos otorgados sobre ellas.”